Intégration de clauses Environnementales, Sociales et Ethiques (clauses ESE) dans les marchés publics

Note de cadrage juridique à l'attention des praticiens des marchés publics du SPW[1]

[1] Le cadrage juridique offert par cette note fait état de la réglementation sur les marchés publics arrêtée au 1er juin 2013.

1. Préambule

Dans le cadre de la Déclaration de Politique régionale de 2009, du Plan Marshall 2.Vert et du Plan de développement durable interne au Service Public de Wallonie (SPW), ce dernier a souhaité augmenter le recours aux clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics.

A ce titre, le SPW a entrepris les actions suivantes:

- l'intégration dans l'application CESAME d'éléments essentiels pour faciliter l'intégration des clauses ESE lors de la création des marchés ;
- la formation d'agents du SPW à cette thématique ;
- la mise en service d'un helpdesk, qui apporte une assistance concrète à la rédaction de clauses ESE dans les documents du marché ;
- la création d'un tableau de bord dynamique de tous les marchés du SPW permettant un reporting et un suivi de l'évolution de ces actions ;
- la clarification du cadre juridique lié à l'intégration de ces clauses à l'attention des agents du SPW.

Ce dernier point constitue l'objet de la présente contribution qui vise à aider les acheteurs du SPW à intégrer, des clauses environnementales, sociales et éthiques, dans les cahiers spéciaux des charges qu'ils rédigent, en toute sécurité juridique.
Cette contribution fait la synthèse des possibilités juridiques d'intégration de ces clauses dans les cahiers spéciaux des charges, au regard du cadre légal et de la jurisprudence, arrêté au 1er juin 2013.

Elle n'a pas pour but de reprendre l'ensemble du droit des marchés publics mais d'aider le lecteur à devenir davantage autonome dans l'intégration des clauses environnementales, sociales et éthiques dans le/les marché(s) public(s) dont il à la charge et la gestion.

Nous espérons que cette note de cadrage juridique vous sera utile dans vos travaux.

2. Table des matières

3. Sources de droit et sources documentaires

3.1. Lois et Directives

- Directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O*, n° L 134 du 30 avril 2004, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2011, sur la passation des marchés publics ;
- Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics de travaux, fournitures et services, *M.B.,* 22 janvier 1994, p.1308 ;
- Loi du 15 juin 2006 relatives aux marchés publics de travaux, fournitures et services, *M.B.,* 15 février 2007, p. 7355 ;
- Loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, *M.B.,* 6 avril 1991, p. 7244 ;
- Loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, *M.B.,* 1er avril 1999, p.10904.

3.2. Arrêtés Royaux

- Arrêté royal du 08 janvier 1996 relatif aux marchés, publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, *M.B.,* 26 janvier 1996, p. 1523 ;
- Arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, *M.B.,* 18 octobre 1996, p. 26830 ;
- AR du 20 décembre 2010 relatif à la promotion des véhicules de transport routier propre et économes en énergie dans le cadre des marchés publics, *MB.,* 24 décembre 2012, p. 81836.

3.3. Circulaires

- Circulaire wallonne du 23 avril 2009 relative à l'utilisation de lubrifiants compatibles avec l'environnement dans les installations hydrauliques des cours d'eau en Région wallonne, *M.B.*, 13 mai 2009, p. 36877 ;
- Circulaire wallonne du 23 avril 2009 relative aux espèces exotiques envahissantes, *M.B.,* 26 mai 2009, p. 38793 ;
- Circulaire wallonne du 3 juin 2009 relative à l'achat de papiers à copier et/ou à imprimer, *M.B.,* 22 juin 2009, p. 43296.

3.4. Jurisprudence

- C.J.C.E., 20 septembre 1988 (GEBROEDERS BEENTJES B.V. C. ÉTAT DES PAYS-BAS), 31/87, *Rec. C.J.C.E.*, 1988, p.04635 ;

- C.J.C.E., 26 octobre 2000 (COMMISSION EUROPEENNE C. REPUBLIQUE FRANÇAISE), C-225.-98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, I-07445 ;
- C.J.C.E., 17 septembre 2002 (CONCORDIA BUS FINLAND OY AB, ANCIENNEMENT STAGECOACH FINLAND OY AB C. HELSINGIN KAUPUNKI ET HKL-BUSSILIIKENNE), C-513/99, *Rec. C.J.C.E.*, 2002 I-07213 ;
- C.J.C.E., 4 décembre 2003 (EVN AG ET WIENSTROM GMBH C. REPUBLIQUE D'AUTRICHE), C-448/01, *Rec. C.J.C.E.*, 2003 I-14527 ;
- CJCE, 10 mai 2012 (Commission c. Etat des Pays-Bas), C-368/10 ;

3.5. Autres contributions

- Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, du 4 juillet 2001, COM(2001) 274 final ;
- Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés du 15 octobre 2001, COM(2001) 566 final ;
- Le Guide des Achat durable ;
- Acheter vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques, Commission Européenne, 2005 ;
- Acheter social, Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, Commission Européenne, 2010 ;
- Manuel pour l'utilisation de l'analyse des coûts du cycle de vie (ACCV) dans les marchés publics (durables), SPP DD, 2012 ;
- European Tool kit ;
- Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique, Mémento à l'attention des donneurs d'ordres et de leurs services, DIRECCTE Rhône-Alpes, janvier 2013, http://direccte.gouv.fr/IMG/pdf/Guide_clauses_sociales_BD_janvier_2013.pdf

4. Promouvoir un développement durable au travers des marchés publics

4.1. Engagements politiques en faveur des marchés publics durables

La nécessité d'utiliser les marchés publics pour contribuer à un développement durable a été affirmée à plusieurs reprises dans le cadre des engagements internationaux en matière de développement durable[2]. Signalons en particulier l'engagement pris par le Conseil de l'Union européenne en 2006 : « *La Commission et les États membres mettront en place un processus structuré visant à échanger les meilleures pratiques et expériences*

[2]United Nations, Johannesburg Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development 2002, Ch. III, pt.19, p.8-9 : *« Encourage relevant authorities at all levels to take sustainable development considerations into account in decision-making, including on national and local development planning, investment in infrastructure, business development and public procurement (…) Promote public procurement policies that encourage development and diffusion of environmentally sound goods and services » ;* U.N. Commission on Sustainable Development The 10-Year Framework of Programmes on Sustainable Consumption and Production, pt. 75 : Les marches publics durables sont identifies comme étant un des moyens d'actions permettant le développement d'une consommation et d'une production durables.

en matière de marchés publics écologiques, en tenant compte du potentiel de promotion de ces types de marchés au niveau local et régional(…) »[3].

En 2008, la Commission européenne a publié une communication avec l'objectif de « *formuler des orientations sur les moyens de réduire les incidences environnementales dues à la consommation du secteur public et d'utiliser les marchés publics écologiques pour stimuler l'innovation dans les technologies, les produits et les services environnementaux* ». Un marché public écologique y est défini comme suit « *un processus de passation de marchés dans le cadre duquel les pouvoirs publics cherchent à obtenir des biens, des services et des travaux dont l'incidence sur l'environnement sur tout leur durée de vie sera moindre que dans le cas de biens, services et travaux à vocation identique mais ayant fait l'objet de procédure de passation de marchés différentes* »[4].

C'est dans cette perspective que la Région Wallonne s'est engagée dans sa Déclaration de Politique régionale de 2009 à *« montrer l'exemple dans la promotion du développement durable »,* en considérant *« à ce titre »* que *« les commandes publiques constituent un levier important pour faire concrétiser les engagements sociaux et environnementaux des pouvoirs publics ».* Ainsi, *« Le Gouvernement insèrera dans les marchés publics des clauses environnementales, sociales et éthiques, et encouragera l'utilisation de matériaux, produits et techniques les moins lourds pour l'empreinte écologique. La même démarche doit être mise en œuvre dans les administrations provinciales et communales »*[5].

De tels engagements ont aussi été formulés dans le Plan Marshall 2. Vert et dans le Plan air-climat 2007.

4.1.1. Plan Marshall 2.Vert

Les marchés publics favorisant le développement durable sont directement visés par plusieurs mesures du Plan Marshall 2.Vert. Le plan prévoit ainsi une *« dynamique transversale A »* visant à *« promouvoir transversalement le développement durable à travers toutes les politiques publiques »* ainsi qu'une *« mesure A.1. »* qui vise à *« mobiliser les services publics pour un développement durable »* comprenant les objectifs et actions suivantes :

Objectifs :

- *« déployer de façon transversale dans toutes les politiques régionales, les principes du développement durable qui allient les enjeux économiques, sociaux, environnementaux et culturels de manière intégrée ;*
- *intégrer la dimension de durabilité dans toutes les politiques régionales, afin de jouer pleinement leur rôle d'exemple et de moteur tant du développement durable que de l'alliance emploi-environnement en Wallonie ».*

Actions :

[3] Conseil de l'Union européenne, Nouvelle stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable du 9 juin 2006, p12.
[4] Communication de la Commission européenne relative à des marchés publics pour un environnement meilleur, COM(2008) 400, 16 juillet 2008, p. 5.
[5] Déclaration de politique régionale wallonne du 16 juillet 2009. *« Une énergie partagée pour une société durable, humaine et solidaire »*, §4.2, p. 245.

- *« A.1.A – Insérer des clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics régionaux :*
  Insérer systématiquement des clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics régionaux et encourager l'utilisation de matériaux, produits et techniques dont l'empreinte écologique est la plus limitée. Les pouvoirs locaux seront invités à faire de même » ;
- *Action A.1.B – Mettre en place une politique d'achats durables au sein du Service public de Wallonie et des organismes d'intérêt publics »* [6].

4.1.2. Plan Air Climat 2007

Le Plan Air Climat comprend en sa mesure 78 le renforcement « de la prise en compte des critères environnementaux lors de l'achat des véhicules par l'Administration ».

Les émissions liées au transport comprennent également celles générées par les infrastructures et notamment l'éclairage des autoroutes, l'éclairage des routes et la consommation électrique des feux tricolores. La Région compte mener, en sa qualité de gestionnaire d'infrastructures, plusieurs actions pour diminuer la consommation d'énergie et donc d'émissions de gaz à effet de serre liées aux infrastructures routières.

4.2. Catégories de clauses

Le développement durable ne se résume pas à l'environnement et la thématique des achats durables est avant tout un processus d'achat, allant de l'évaluation des besoins en passant par la participation des usagers, en visant à réduire les impacts environnementaux, à améliorer de façon progressive et continue les conditions de travail, tout en soutenant une économie porteuse de sens, innovante et compétitive.

Il existe dans le jargon des marchés publics essentiellement trois types de stipulations (de clauses) en rapport avec le développement durable :

- les **« clauses environnementales »** sont des stipulations poursuivant un objectif de préservation de l'environnement qui peuvent être précisées et/ou exigées dans l'objet du marché, les spécifications techniques, la sélection qualitative, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché ;
- les **« clauses sociales »** sont des stipulations poursuivant un objectif de formation ou d'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emploi peu qualifiés, d'apprentis, de stagiaires ou d'apprenants, de personnes en situation de handicap ou de discrimination ;
- les **« clauses éthiques »** sont des stipulations poursuivant un objectif d'équité sociale, d'éthique de gestion, de respect des droits fondamentaux des êtres humains, de progrès humain et de transparence de gestion.

[6] Plan Marshall 2.Vert, *« Viser l'excellence »* du 3 décembre 2009, p.47.

5. Cahier spécial des charges : définition et usage

5.1. Objet du marché et définition des spécifications techniques

L'objet du marché est librement décrit par le Pouvoir adjudicateur dans le respect des principes fondamentaux des marchés publics à savoir, l'interdiction de la limitation de la concurrence, le respect des principes de transparence, d'égalité et de non discrimination des soumissionnaires. Dans le cadre de la liberté offerte au pouvoir adjudicateur, notons que :

« Les spécifications techniques peuvent être conçues sous deux angles, soit elles portent sur la détermination des produits, des services ou des travaux requis, soit elles prennent la forme d'une exigence en termes de performances requises. L'intégration dans la définition de l'objet du marché, de la référence à la performance recherchée participe à la démarche proactive visant l'insertion de clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics.
Cette manière de faire permet en effet d'indiquer dans la description de l'objet du marché l'effet recherché en termes de performances avec la possibilité, le cas échéant, de ne pas devoir préciser méticuleusement toutes les caractéristiques auxquelles doivent répondre les produits, les services ou les travaux et permet également de favoriser les solutions innovantes que pourraient proposer les soumissionnaires »[7].

Les spécifications techniques permettent de détailler l'objet du marché. Elles définissent les caractéristiques requises d'un travail, d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture ou d'un service et permettent de caractériser objectivement ceux-ci de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur[8].

Les dispositions relatives aux spécifications techniques et aux normes figurent en droit belge, aux articles 82*bis* à 85 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

Les spécifications techniques peuvent être définies par référence à des normes techniques, soit par des prescriptions en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles[9]. Pour plus de détail, l'article 83*bis* de l'AR du 08.01.1996 reprend exhaustivement le cadre des possibilités.

5.2. Sélection qualitative des opérateurs économiques

La sélection qualitative comprend d'une part, l'analyse des conditions d'exclusion obligatoires et facultatives et d'autre part, l'analyse des capacités économiques,

---

[7] Acheter Vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques, Commission européenne, 2005, point 3.2.2., p.17.
[8] Article 82*bis* de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[9] Article 23, §3 de la directive 2004/18/CE . Cette alternative laissée au pouvoir adjudicateur est reprise également à l'article 83*bis* de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité.

financières et techniques des candidats (procédure en 2 phases) ou soumissionnaires (procédure en 1 phase).
Les critères de sélection vont donc servir à démontrer la capacité de l'opérateur économique à exécuter un marché spécifique. Ces critères ne portent pas en tant que tels sur l'objet même du marché, mais doivent cependant être en lien avec l'objet du marché.

Autrement dit, la phase de sélection vise à vérifier si le prestataire possède les capacités intrinsèques en termes de moyens financiers, humains et techniques pour réaliser le marché concerné.

L'arrêté royal du 8 janvier 1996 reprend les différents critères de sélection que le pouvoir adjudicateur a le droit d'imposer afin de vérifier la capacité technique des soumissionnaires et/ou candidats à exécuter le marché considéré.

A cet égard, il revient au Pouvoir adjudicateur de fixer clairement dans l'avis de marché, en regard des références exigées, le niveau requis de capacité et notamment technique. Le candidat et/ou soumissionnaire doit en effet pouvoir, à la lumière des exigences du Pouvoir adjudicateur, apprécier si le marché le concerne ou non et déposer sa candidature/offre en pleine connaissance de cause.

Parmi les critères relatifs à la capacité technique énumérés dans l'A.R. du 8 janvier 1996[10] certains peuvent concerner plus ou moins directement des aspects du développement durable comme :

- l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et/ou des cadres de l'entreprise[11];
- l'indication des techniciens ou des organismes techniques dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage[12];
- une description de l'équipement technique dont l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services disposera ; une description de l'outillage de l'entrepreneur ou du prestataire de services[13];
- une description des mesures employées par le fournisseur ou par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise[14];
- en ce qui concerne les produits à fournir, des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiée par des références à certaines spécifications ou normes[15].

Le pouvoir adjudicateur choisira parmi ces critères ceux qui s'avèrent pertinents pour le marché concerné. Les critères de sélection demandés doivent présenter un lien avec l'objet du marché à exécuter.

[10] Voir les articles 19 pour les travaux, 45 pour les fournitures et 71 pour les services et de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.
[11] Articles 19, 1° (travaux) et 71, 1° (services) de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[12] Article 19, 5° (travaux); 45, 3° (fournitures) et 71,3° (services) de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[13] Article 19, 3° (travaux); 45, 2° (fournitures) et 71, 5° (services)de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[14] Article 45, 2°(fournitures) et 71, 6° (services) de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[15] Article 45, 4° à 6° (fournitures) de l'A.R. du 8 janvier 1996.

5.3. Critères d'attribution

Les critères d'attribution sont énumérés dans l'avis de marché ou dans les documents du marché. L'attribution d'un marché public peut se faire soit au travers d'un critère unique, à savoir le prix (adjudication publique ou restreinte et procédure négociée), soit, sur une base multicritères (appel d'offres, dialogue compétitif, procédure négociée).

Dans la première hypothèse, le marché sera attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la moins-disante. Dans la seconde, le Pouvoir adjudicateur, au terme d'un processus de comparaison objective des offres déposées, choisira l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (appel d'offres général ou restreint ou procédure négociée).

Selon la jurisprudence de la CJCE, les critères d'attribution :

- doivent être liés à l'objet du marché ;
- ne peuvent pas conférer une liberté de choix illimitée au Pouvoir adjudicateur ;
- doivent être expressément mentionnés dans les documents du marché ;
- doivent respecter les principes fondamentaux du droit de l'UE (non discrimination, …) ;
- sont quantifiables, objectivables, fondés sur une information vérifiable ;
- doivent permettre une comparaison objective.

Ajoutons qu'il n'est pas permis de prévoir à titre de critères d'attributions, des critères généralement identifiés comme critères de sélection qualitative comme, par exemple, l'expérience[16].

<u>PONDERATION DES CRITERES</u>

Il est obligatoire de pondérer les critères d'attribution pour les marchés dont le montant atteint les seuils européens, soit 200.000 € HTVA pour les marchés de services[17] et de fournitures[18] et 5.000.000 € HTVA pour les marchés de travaux[19].
Ces seuils seront actualisés au 1er janvier 2014.

5.4. Conditions d'exécution

Les conditions d'exécution du marché spécifient les modalités de réalisation du marché.
Bien qu'elles n'interviennent pas en tant que telles dans la phase d'attribution du marché, elles doivent être clairement énoncées dans les documents du marché. Les soumissionnaires devront y souscrire sans réserve pour établir leur offre et calculer leur prix.

Tout comme les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution – avec lesquels elles ne se confondent pas et auxquels elles ne peuvent se substituer – les

[16] CJCE, 24 janvier 2008, C-532/06, Lianakis, (points 30-32).
[17] Article 1, § 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[18] Article 53, § 3 de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[19] Article 27, § 2 de l'A.R. du 8 janvier 1996.

conditions d'exécution doivent être liées à l'objet du marché considéré et ne peuvent contrevenir aux règles du droit communautaire.

6. Le Life Cycle Cost

6.1. Principes et objectifs des clauses de Life Cycle Cost

La Commission européenne dans son manuel Acheter Vert fait référence au *life cycle cost*, ou coût sur l'ensemble du cycle de vie d'un produit, d'un service ou de travaux, comme instrument pour en déterminer le prix dans la phase d'attribution du marché.

« *Dans la phase d'attribution d'un marché, le prix d'une offre est très souvent l'un des facteurs décisifs. Mais comment définir ce prix ?*

Vous achetez toujours un produit, un service ou des travaux à un certain prix. Cependant, le prix d'achat ne représente qu'un seul élément du coût qu'engendre un marché, en effet c'est sans compter le prix d'utilisation et d'élimination de l'objet du marché. Afin d'évaluer le coût global d'un marché, il convient d'en apprécier chaque phase. On parle alors de l'approche du «coût du cycle de vie» selon laquelle, lorsque vous décidez de l'achat, vous prenez en compte tous les coûts à supporter pendant la durée de vie du produit ou du service.

Une évaluation du coût du cycle de vie n'est pas nécessairement complexe ni longue. Bien qu'il existe d'innombrables techniques particulières pour établir des calculs élaborés du coût du cycle de vie sur le marché privé, vous pouvez commencer par une simple comparaison des coûts évidents et mesurables.

Ces coûts doivent être considérés dans la phase d'attribution, afin de veiller à ce qu'ils soient pris en compte au moment de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Vous pourrez ainsi obtenir un produit offrant de meilleures performances environnementales puisque ce processus révélera des coûts d'utilisation des ressources et d'élimination qui, dans d'autres circonstances, n'auraient pas reçu l'attention qu'ils méritent.

La manière la plus simple d'améliorer le rapport coût/efficacité et de rendre les marchés plus écologiques est d'économiser l'eau, l'électricité et les combustibles fossiles. Ces économies présentent clairement des avantages tant pour la situation financière du pouvoir adjudicateur que pour l'environnement. Comme ils sont faciles à calculer et qu'ils ont un caractère économique évident, les coûts de l'eau et de l'énergie peuvent facilement servir de critères d'attribution dans les procédures de marchés publics. D'un point de vue environnemental, l'importance de l'utilisation de l'eau et de l'énergie est incontestable, comme le prouve en particulier l'effet de l'utilisation de combustibles sur les émissions de CO2ou la production de déchets »[20].

[20] Acheter Vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques, Commission européenne, 2005, point 5.2.2, et 5.2.3. pp.36 et 37.

6.2. Définition du Life Cycle Cost (LCC)

La proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics, du 20 décembre 2011 donne aux acheteurs publics la possibilité de *« fonder leurs décisions d'attribution sur le coût, sur l'ensemble de leur cycle de vie, des produits, services ou travaux à acheter. Le cycle de vie recouvre toutes les étapes de l'existence d'un produit, de travaux ou d'une prestation de services, de l'acquisition des matières premières ou de la production des ressources jusqu'à l'élimination, la liquidation et la finalisation. Les coûts à prendre en considération n'incluent pas uniquement les dépenses monétaires directes, mais aussi les coûts environnementaux externes, **si ceux-ci peuvent être chiffrés et vérifiés**. Lorsqu'il existe une méthode commune de l'Union européenne pour le calcul du coût du cycle de vie, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de l'utiliser »*.

A cet égard précisons qu'il n'existe, à l'heure actuelle, aucune méthode commune pour l'Union européenne en ce qui concerne le calcul du cycle de vie.

En Belgique, les achats de véhicules soumis au seuil de publicité européenne doivent déjà respecter le prescrit de l'AR du 20.12.2010 qui intègre l'outil « Life Cycle Cost » en ses articles 5 et 6.

6.3. Champ d'application - Marchés concernés

Cette méthode est recommandée pour les marchés dont les coûts d'usage peuvent représenter plus de 10 à 15 % du coût d'achat initial.

A titre d'exemple, voici une liste non exhaustive de marchés qui méritent une réflexion sur l'usage de l'outil LCC :

- achat de véhicules ;
- achat de matériel informatique, de serveurs, etc ;
- installation de production d'énergie (cogénération, panneaux solaires, etc) ;
- conception d'infrastructures ;
- achat de machines tournantes (tronçonneuses, outils, etc) ;

7. Les clauses environnementales

7.1. Principes et objectifs des clauses environnementales

L'insertion de clauses environnementales dans les marchés publics poursuit un objectif de préservation de l'environnement, en réduisant la consommation de ressources, la production de déchets et les émissions de polluants divers.

Les clauses environnementales visent à réduire la pression des activités humaines sur l'environnement et ce, tout au long de son cycle de vie, c'est-à-dire de l'extraction des

matières premières jusqu'à son traitement en fin de vie (mise en décharge, recyclage, etc.).
L'analyse du cycle de vie (ACV ou LCA en anglais) fournit un moyen efficace et systématique pour évaluer les impacts environnementaux d'un produit, d'un service, ou des travaux à effectuer sur tout son cycle de vie (consommation de ressources, la pollution de l'air, de l'eau et du sol, l'érosion de la diversité biologique, production de déchets, …).

L'analyse du cycle de vie (ACV) se distingue donc du LCC :

L'analyse du cycle de vie permet d'identifier et d'évaluer les impacts environnementaux que peuvent provoquer l'exécution d'un marché alors que le Life cycle cost (LCC) sert, entre autres, à traduire ces impacts environnementaux en valeur monétaire *via* une formule de conversion prévue dans les documents du marché de manière à faire émerger un critère d'attribution « prix » qui tient compte, par exemple, de l'émission de CO2.

Un exemple de conversion d'impact environnemental en valeur monétaire est donné dans l'AR du 20/12/2010 relatif à l'achat de véhicules.

7.2. Champ d'application

Sont concernés par les clauses environnementales, la majorité des marchés publics dès lors que les considérations environnementales sont aisées à insérer, même dans des petits marchés vu la disponibilité, sur le marché, de nombreux biens et services respectueux de l'environnement.

Ces thématiques sont particulièrement importantes à intégrer dans les marchés publics :

- la réduction des émissions de gaz à effet de serre ;
- la réduction de consommation de produits pétroliers ;
- le recours à des ressources naturelles respectant la biodiversité ;
- la réduction drastique de production de déchets dangereux ;
- la réduction des pollutions diffuses dans les écosystèmes ;
- l'intégration progressive de matériaux recyclés ;
- le recours à des produits issus d'une agriculture raisonnée et/ou biologique ;
- le recours à des fournitures et services exerçant peu de pressions sur l'environnement au cours de leur cycle de vie ;
- le recours à des auteurs de projets (architecte, étude urbanistique, conception de process, dimensionnement d'équipement, bureau d'études de techniques spéciales, analyse d'implantation, etc.) concevant eux-mêmes des projets dans une approche à haute performance environnementale.

7.3. Spécifications techniques

L'article 82*bis* de l'AR du 08/01/1996 auquel le lecteur est renvoyé, définit, notamment, les spécifications techniques par catégorie de marché.

Il est possible pour le pouvoir adjudicateur de tenir compte de caractéristiques environnementales lors de la rédaction de spécifications techniques à condition que celles-ci ne soient pas discriminatoires, n'entravent pas la concurrence et soient liées à l'objet du marché.

Les spécifications techniques peuvent être formulées de différentes manières (*Cf.* article 83*bis*, §6 de l'AR du 08/01/1996) soit :

- par référence à des spécifications techniques : des normes nationales transposant des normes européennes, des référentiels, des agréments techniques… chaque référence devant dès lors être accompagnée de la mention « ou équivalent » ;
- en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles qui peuvent inclure des caractéristiques environnementales ;
  Par exemple : pour l'achat d'un appareil électrique, exiger que celui-ci ne consomme pas plus d'un nombre déterminé de KWh.
- de manière mixte, c'est-à-dire en termes de normes et d'exigences fonctionnelles ou de performances.

Lorsque le pouvoir adjudicateur définit les prescriptions techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il peut souhaiter acquérir des produits fabriqués à base de matériaux spécifiques ou prendre en compte des processus et des modes de production particuliers.

- **Matériaux spécifiques** : *« le pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger, dans les documents du marché, que le produit qu'il souhaite acquérir soit fabriqué à partir d'un matériau spécifique, à condition de ne pas violer le principe de non-discrimination ainsi que le principe de libre circulation.*
  De la même manière, il est permis d'indiquer des préférences ou de n'autoriser que des composants qui ne sont pas néfastes pour l'environnement, par exemple dans la composition *des produits de nettoyage. Citons encore l'exigence qu'un produit comporte un pourcentage minimal de matériaux recyclés (le papier, par exemple). On peut également proscrire certains produits ou matériaux (des additifs alimentaires dans la restauration, par exemple) »*[21].

- **Processus et modes de production** : il est autorisé, au niveau des spécifications techniques, de prendre en compte, les processus et les modes de production.
  « Les spécifications techniques devant obligatoirement être liées à l'objet du marché, il est clair que l'on ne peut inclure que des exigences qui se rapportent réellement à la fabrication du produit et qui contribuent réellement à ses caractéristiques visibles ou invisibles).

[21] Acheter vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques. Commission européenne, 2005, point 3.4.1., p.22.

Exemple : Demander de l'électricité produite à partie de sources d'énergie renouvelables dans le cadre d'un marché ayant pour objet l'achat d'électricité. Bien que l'électricité verte ne soit physiquement pas différente de l'électricité provenant de sources d'énergie traditionnelles et que, dans les deux cas, l'éclairage fonctionne de la même manière, la nature et la valeur du produit final ont été modifiées par le processus et la méthode de production utilisées.

Exemple d'exigence inacceptable : Requérir de la part des fabricants, dans le cadre d'un achat de meubles, qu'ils utilisent du papier recyclé dans leurs bureaux »[22].

7.4. Recours à des labels

Lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite inclure des caractéristiques environnementales dans les spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, l'article 83*bis*, §6 de l'A.R. du 08/01/1996 l'autorise explicitement à utiliser des spécifications définies par des écolabels, à condition que :

- *« les spécifications soient appropriées pour déterminer les caractéristiques des fournitures ou des services faisant l'objet du marché ;*
- *les exigences du label soient développées sur base d'une information scientifique;*
- *les labels écologiques soient adoptés par un processus auquel les parties concernées, telles que les organismes gouvernementaux, les consommateurs, les fabricants, les distributeurs et les organisations environnementales peuvent participer ;*
- *les labels écologiques soient accessibles à toutes les parties intéressées »*[23].

Les biens et services qui portent le label écologique dont sont extraites les spécifications techniques reprises dans les documents du marché sont présumés satisfaire aux spécifications techniques (article 83bis, §6, al.2 AR08/01/1996).
Il n'est cependant pas permis d'exiger des entreprises qu'elles possèdent un label écologique déterminé ou qu'elles soient en totale conformité avec un tel label écologique.
En outre, le pouvoir adjudicateur est tenu d'accepter d'autres documents ayant force probante, tels que le rapport d'essai d'un organisme reconnu (précisé à l'article 83bis, §6 précité) ou le dossier technique d'un fabricant qui attestent d'une équivalence en terme de spécifications techniques figurant dans les documents du marché concerné »[24].

« Les labels écologiques publics multicritères (type I, ISO 14024) sont les labels les plus courants et les plus utilisés dans le cadre des marchés écologiques. Ils sont fondés sur un certain nombre de critères d'acceptation/de rejet qui établissent la norme pour le label en question. Différents ensembles de critères sont établis pour chaque groupe de produits ou de services couverts par le système. Ces critères détermineront en principe les performances environnementales à atteindre par le produit et fixeront éventuellement les normes prouvant que le produit est apte à l'emploi »[25].

---

[22] Acheter vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques. Commission européenne, 2005, point 3.4.2., p.23.
[23] Article 83*bis*, §6 AR 08/01/1996.
[24] Acheter Vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques. Commission européenne, 2005, point 3.3.2., p.20.
[25] Acheter Vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques. Commission européenne, 2005, point 3.3.3., p.20.

Les labels écologiques de type I sont donc autorisés dans les spécifications techniques à condition qu'à côté du nom du label soit toujours indiqué « ou équivalent » (Cf. art 83*bis*, §3 AR 08/01/0996), ceci afin de permettre à un opérateur économique qui ne dispose pas du label de présenter une offre explicitant qu'il répond néanmoins aux exigences du label[26]. Dans ce cas, la charge de la preuve de cette équivalence incombe à l'opérateur économique et la preuve peut être apportée par tout moyen approprié.

Les labels ne se confondent pas avec les systèmes de management environnemental établis par le règlement européen EMAS et la norme internationale ISO 14001.

Les « fiches produits » du « guide des achats durables »[27] proposent une liste des meilleurs labels disponibles en fonction des différentes catégories de produits.

7.5. Sélection qualitative : sélection d'un opérateur économique sur la base de ses compétences environnementales

7.5.1. Capacité technique

Lors de sa réflexion visant à introduire des critères de sélection qualitative garantissant ou valorisant l'expérience ou la connaissance technique dans le domaine environnemental, il peut être fait recours aux éléments suivants :

- les techniciens du bureau d'études ou d'exécution de la firme en question possèdent-ils l'expérience et le savoir souhaités dans le domaine environnemental déterminé par les spécificités du marché considéré ?
- l'opérateur économique dispose-t-il des équipements techniques nécessaires pour réaliser le marché dans les conditions environnementales voulues par le pouvoir adjudicateur ?
- l'opérateur économique a-t-il des partenaires disposant des compétences environnementales requises pour la réalisation du marché si elle n'en possède pas en interne ?
- le candidat ou le soumissionnaire dispose-t-il d'un permis d'environnement pour prester les missions dévolues par le cahier spécial des charges ?

Pour s'assurer de ce qui précède, il est possible de demander aux candidats ou aux soumissionnaires de fournir au pouvoir adjudicateur, à titre de référence technique :

- une liste de marchés réalisés dans des conditions environnementales similaires à celles demandées dans le présent marché ;
- en cas de sous-traitance, une liste des sous traitants disposant des compétences « environnementales » souhaitées ;
- les formations professionnelles requises ayant trait au domaine environnemental ;

[26] Article 85, al.2 de l'A.R. du 8 janvier 1996.
[27] www.guidedesachatsdurables.be. Le site www.infolabel.be offre des informations permettant de mieux connaître les labels.

- la copie du permis d'environnement si ceci est pertinent pour le marché considéré ;
- un volume de chiffre d'affaires dans un domaine de compétence précis en lien avec le volet environnemental.

Il est recommandé de bien évaluer l'ampleur des critères de sélection car un soumissionnaire qui ne répond pas à ces critères sera écarté de l'analyse des offres. Dès lors, en fixant des critères de sélection trop sévères, le risque est que la concurrence soit insuffisante voire même qu'aucun candidat ne réponde aux exigences de la phase de sélection qualitative.

Il faudra cependant veiller à spécifier expressément et clairement, dans les documents du marché, quels justificatifs sont à fournir. Les critères de sélection qualitative exigés doivent avoir un rapport avec l'objet du marché.

Exemple de critères de sélection qualitative sur le plan de la capacité technique pour un marché de services d'architecture de conception d'un bâtiment passif de bureau, le bureau d'architecture aura :

- déjà réalisé au moins 2 bâtiments passifs de bureaux au cours des 5 dernières années ;
- au moins un de ses membres a été formé par la plateforme PHPP (asbl formant au standard passif) ou équivalent.

Exemple de critères de sélection qualitative **trop exigeant** sur le plan de la capacité techniques pour un marché de services d'architecture de conception d'un bâtiment passif de bureau, le bureau d'architecture aura :

- déjà réalisé au moins 10 bâtiments passifs de bureaux au cours des 5 dernières années ;
- tous ses membres ont été formés par la plateforme PHPP (asbl formant au standard passif) ou équivalent ;
- réalisé un million d'euros de chiffres d'affaires en conception de bâtiments passifs pour l'année 2012.

7.5.2. Systèmes de management environnementaux (S.M.E.)

« Les articles 20ter (pour les marchés de travaux) et 73ter (pour les marchés de services) de l'arrêté royal du 08/01/1996 autorisent les pouvoirs adjudicateurs, uniquement dans des cas «appropriés» et uniquement dans le cadre de marchés de travaux ou de services, à demander la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que le soumissionnaire se conforme à certaines normes de gestion environnementales.
Par « cas appropriés », il faut entendre, les marchés dont la réalisation pourrait causer des dommages environnementaux et qui nécessitent donc des mesures de protection de l'environnement tout au long de leur réalisation. Encore une fois, ces mesures doivent avoir un lien direct avec l'objet du marché »[28].

[28] Acheter Vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques. Commission européenne, 2005, point 4.3.3., p.30.

En pratique, un Système de Management Environnemental (SME) sera demandé en critère de sélection qualitative (capacité technique) pour les marchés dont le processus d'exécution comporte des risques environnementaux importants et pour lesquels le recours à un SME permettrait de les réduire significativement.

Un système de management environnemental est défini comme une « composante du système de management global qui inclut la structure organisationnelle, les activités de planification, les responsabilités, les pratiques, les procédures, les procédés et les ressources pour établir, mettre en œuvre, réaliser, passer en revue et maintenir la politique environnementale »[29].

Exemple : marché de services nécessitant beaucoup de transbordements de matières polluantes.

Les deux Systèmes de Management Environnemental les plus connus sont, EMAS et ISO14001. Des systèmes de management environnementaux sont parfois aussi définis au niveau national.

7.5.2.1.EMAS

Le système EMAS est le plus complet et le plus rigoureux des SME. Il est disponible uniquement dans l'Union européenne dans la mesure où le cadre d'audit est un règlement européen. Ce SME énonce une déclaration environnementale avec des objectifs chiffrés et son niveau d'exigences fait de lui un SME de première importance.

Cependant, en Belgique, moins de 400 organismes disposent de ce SME[30].

7.5.2.2.ISO 14 001

Le système ISO 14001 est moins complet et moins rigoureux que le système EMAS. Cependant, le fait qu'il se base sur une norme ISO internationale, le rend disponible dans le monde entier et est par conséquent apprécié par les grands groupes. Ce SME n'atteste pas que ce qui est produit par une entreprise est durable, mais que le management environnemental de cette entreprise s'insère dans une dynamique d'amélioration continue.

En Belgique, moins de 1000 organismes disposent de ce SME.

7.5.2.3.Différence entre EMAS et ISO 14001

Alors que la norme ISO 14001 certifie la manière par laquelle l'entreprise gère l'environnement, c'est-à-dire sa structure de gestion de l'environnement, le règlement

---

[29] §2.1. de la norme ISO 14050 qui définit ce qu'est un système de management environnemental.

[30] La base de données des organisations enregistrées dans la liste européenne EMAS est disponible via le lien suivant, http://www.emas-register.eu/search.php?view=base.

EMAS va plus loin. En effet, il certifie la gestion environnementale proprement dite de l'entreprise, autrement dit l'amélioration de ses performances environnementales.

Le règlement EMAS constitue donc une étape supplémentaire à l'ISO 14001, vers plus d'efficacité et de transparence environnementale.

ISO	l'évolution de mon système est certifiée
EMAS	l'évolution de mes performances environnementales est certifiée

Les aspects qui diffèrent sont les suivants :

- la conformité réglementaire est exigée pour EMAS, alors que la norme ISO 14001 requiert simplement un engagement de l'organisme à se mettre en conformité dans des délais raisonnables ;
- EMAS requiert d'améliorer ses performances environnementales, tandis que l'ISO 14001 requiert un engagement à améliorer la performance du système de gestion de l'environnement ;
- l'amélioration continue doit être prouvée annuellement pour EMAS alors qu'elle est requise de manière périodique pour ISO 14001 qui n'impose cependant pas de fréquence précise ;
- l'analyse environnementale initiale est plus poussée pour EMAS ;
- la participation du personnel dans la démarche est demandée pour EMAS ;
- la déclaration environnementale n'est pas nécessaire pour ISO 14001.

7.5.2.4. SME nationaux : vigilance

En Belgique, la Région de Bruxelles Capitale décerne à des organisations le label « entreprises éco-dynamiques », ajouté d'une, deux ou trois étoiles selon les performances de l'organisation dans sa gestion environnementale.

Pour information, ce SME ne s'applique qu'aux entreprises dont un siège d'exploitation est situé sur le territoire d'une des 19 communes de Bruxelles.
Exiger ce label induit le risque d'introduire une discrimination sur la base de l'origine géographique entre soumissionnaires, ce qui est interdit. La discrimination géographique est toutefois écartée si, à l'instar de la demande de label, une équivalence est prévue, ce qui sous-entend que le pouvoir adjudicateur doit connaître et doit pouvoir décrire les critères sous-jacents à l'appellation précitée.

A l'heure actuelle, il n'existe pas qu'équivalent en Région wallonne mais les remarques faites ci-dessus prévaudraient pareillement.

7.6. Critères d'attribution relatif à l'impact environnemental

La législation des marchés publics offre au pouvoir adjudicateur la faculté d'évaluer au travers d'un critère d'attribution à caractère environnemental, à côté d'autres critères, une fourniture, un service ou même des travaux dans une offre sous l'angle de son

impact environnemental, quand bien même celui-ci n'est pas supporté directement par le Pouvoir adjudicateur.

Cette évolution, apparue dans l'arrêt Concordia Bus, confirmée dans l'arrêt Wienstrom et coulée dans la directive 2004/18/CE permet depuis lors une très grande prise en compte des enjeux environnementaux dans les marchés, pour autant que cette disposition soit activée dans le respect des principes et règles propres à la règlementation des marchés publics.

Il s'agit non pas d'évaluer « l'impact de l'exécution d'un marché sur l'environnement » car cette démarche est beaucoup trop fastidieuse, mais de cibler un ou plusieurs aspects de ces impacts et de les objectiver sous forme de critères d'attribution.

<u>Exemple</u>

« On remarque que la fabrication, l'utilisation et la destruction des produits d'entretien ont un impact sur l'environnement en termes de pollution de l'eau. Le cycle de vie des produits d'entretien comporte bien d'autres impacts environnementaux, mais nous nous limiterons à en objectiver un seul (la pollution de l'eau) à travers un critère d'attribution.
Ainsi le Cahier spécial des charges pourra prévoir un système de cotation accordant le maximum de points prévu pour ce critère, à l'offre proposant des produits d'entretien ne présentant aucune substance toxique »[31].

7.7. Conditions d'exécution

Des prescriptions à caractère environnemental peuvent être expressément prévues en termes de conditions d'exécution. Il s'agira donc, par le biais de ces prescriptions, de prévoir des exigences qui devront obligatoirement être rencontrées par les soumissionnaires sous peine de voir leur offre écartée pour irrégularité.

Les conditions d'exécution à caractère environnemental les plus couramment utilisées sont celles relatives :

- *« à la gestion des déchets produits dans le cadre de l'exécution du marché (Par exemple : la reprise des déchets d'emballage dans un marché de fournitures de matériel IT afin de les recycler) ;*
- *à la formation du personnel et/ou des usagers (Par exemple : la formation du personnel de nettoyage à l'utilisation et aux dosages des produits écologiques de nettoyage) ;*
- *aux modes de transport et/ou de livraisons (Par exemple : se faire livrer à certaines heures préférentielles, ou se faire livrer par des modes de transport moins polluant pour autant que cette exigence soit formulée de telle sorte qu'il n'en résulte pas une discrimination géographique, notamment »*[32].

[31] Manuel « Mode d'emploi de l'achat public écologique », p.16.
[32] Acheter Vert. Un manuel sur les marchés publics écologiques. Commission européenne, 2005, point 6.2-6.4., p.38-39 ; voir également : Communication interprétative Commission CE de 2001.

D'autres conditions d'exécution peuvent être stipulées, pour autant qu'elles soient réalistes et ne constituent pas une ingérence dans la façon dont l'opérateur économique souhaite exécuter son marché.

8. Les clauses sociales et la réservation de marché à une entreprise d'économie sociale

8.1. Principes et objectifs des clauses sociales

Les clauses sociales sont des clauses par lesquelles un pouvoir adjudicateur poursuit, au travers d'un marché public, un objectif distinct de la commande publique généré par un besoin clairement identifié, à savoir, la formation ou l'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emploi peu qualifiés, d'apprentis, de stagiaires, d'apprenants ou de personnes en situation de handicap[33].

Au sein de l'Union européenne, les Pays Bas (dès 1988), l'Italie (dès 1991) et la France (dès 1993) ont déjà pris conscience de la pertinence d'assortir les commandes publiques d'une finalité sociale et ont institutionnalisé cette pratique.

Les clauses sociales peuvent se concevoir de deux façons différentes :

- soit la mesure vise à favoriser des entreprises qui mènent des actions particulières en faveur de l'emploi ;
- soit la mesure bénéficie directement à un public cible défini qui est plus ou moins fragilisé sur le marché de l'emploi.

L'objet d'une clause sociale sera généralement :

- soit, de prévoir l'embauche de stagiaires par l'entreprise adjudicataire. L'objectif visé est d'offrir une expérience professionnelle assurant un meilleur ancrage sur le marché du travail ;
- soit, de prévoir une formation de stagiaires. L'entreprise adjudicataire devient ainsi un opérateur de leur insertion professionnelle ;
- soit, de sous-traiter une partie d'un marché à une entreprise d'économie sociale dont l'objet social est la réinsertion socioprofessionnelle.

A côté de ces clauses sociales proprement dites, le législateur a prévu un autre mécanisme visant également à promouvoir l'insertion professionnelle de personnes défavorisées : la réservation du marché à une entreprise d'économie sociale dont l'objet social est la réinsertion socioprofessionnelle.

Dès lors, il est important d'insister sur le fait que l'insertion de clauses sociales dans les marchés publics ou la réservation de marché à l'économie sociale n'ont de sens que si ces mécanismes peuvent être appliqués effectivement, c'est-à-dire si des personnes appartenant au groupe ciblé peuvent effectivement être insérées sur le « terrain ».

[33] Voir Thiel P., *Mémento des Marchés Publics*, Kluwer éditions, Bruxelles, 2012. p. 854.

En 1996, le Gouvernement wallon a lancé une phase expérimentale d'intégration d'une clause sociale de formation dans les marchés publics de travaux. Les modalités de cette expérience ont été consacrées dans un accord du Gouvernement wallon du 3 juin 1999.

L'objectif de cette clause sociale est de favoriser l'insertion professionnelle de jeunes demandeurs d'emploi suivant une formation au FOREM dans les métiers de la construction par le biais d'un stage en entreprise dont la durée est limitée à celle du marché. L'idée est, par la même occasion, de créer une réserve de recrutement de travailleurs déjà expérimentés pour les entreprises. Par ailleurs, la rédaction d'un modèle-type de clause sociale pour les marchés pilotes subventionnés a facilité la tâche des pouvoirs adjudicateurs et assuré une cohérence dans la mise en œuvre des chantiers à clause sociale en Région wallonne[34].

8.2. Clauses à caractère social

D'autres stipulations relatives à l'application de certains aspects de la législation sociale sont également à favoriser mais ne seront pas développées dans le présent document dans la mesure où il ne s'agit pas de clauses sociales au sens strict du terme[35].

Citons par exemple les stipulations visant à :

- améliorer l'ergonomie et la sécurité des travailleurs dans leur poste de travail ;
- améliorer l'accessibilité des personnes à mobilité réduite dans la conception des infrastructures ;
- etc.

8.3. Champ d'application des clauses sociales

Dans la pratique, les marchés suivants semblent appropriés pour accueillir l'insertion d'une clause sociale.

Marchés de travaux

- construction de bâtiments ;
- rénovation de bâtiments ;
- génie civil ;
- travaux de voirie, ouvrages d'art, pavages ;
- démolition de bâtiments.

On évitera par contre, pour des raisons de rendement et de mise à niveau éventuelle, les clauses sociales dans les marchés dont le délai contractuel est relativement court (moins de 20 jours ouvrables) et dans les marchés où les prestations demandent un haut niveau de qualification (par exemple, un marché de fournitures d'ascenseurs, HVAC, etc.).

---

[34] Pour plus d'informations sur ce dispositif, voir http://cohesionsociale.wallonie.be/spip/rubrique.php3?id_rubrique=11.

[35] Pour plus d'informations, voir la publication « *Acheter social, Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale* », Commission Européenne, 2010.

Marché de services

- création et entretien d'espaces verts ;
- restauration événementiel ou régulier, repas scolaires et exploitation des restaurants d'entreprise ;
- collecte, gestion et traitement des déchets ;
- imprimerie ;
- publipostage et routage ;
- archivage électronique ;
- service de secrétariat.

L'attention est attirée sur le fait que les clauses sociales doivent être adaptées lorsque les marchés de services sont soumis à des conventions collectives particulières où le nouvel adjudicataire doit reprendre le personnel de l'ancien marché et le garder durant 6 mois.

Marché de fournitures

Si l'insertion de clauses sociales s'avère en pratique plus compliquée dans les marchés de fournitures, vu leurs spécificités, la question de la possibilité d'introduire une clause sociale devra, en toute hypothèse, faire l'objet d'une réflexion de la part du pouvoir adjudicateur comme, par exemple, en cas de marché mixte.

Exemple : marché de fournitures nécessitant un montage.

La réservation de marché semble être la technique la plus appropriée en ce qui concerne ces marchés pour autant que la concurrence permette une passation avec plusieurs candidats soumissionnaires.

Exemple : un marché de fourniture de sandwichs pour des lunchs de direction pourrait être réservé à une entreprise d'économie sociale.

8.4. Réservation de marché à l'économie sociale en condition d'accès

La réservation de marché aux entreprises d'économie sociale concerne toutes les catégories de marché.

Ce mécanisme prévu par l'article 18*bis*, §2 de la Loi du 24 décembre 1993 offre la possibilité au pouvoir adjudicateur de réserver la participation à une procédure de passation de marché public **n'atteignant pas les seuils européens** à des entreprises de travail adapté et à des entreprises d'économie sociale d'insertion.
Pour rappel, les seuils de publicité européenne sont actuellement de 5.000.000€ HTVA pour les travaux et de 200.000€ HTVA pour les fournitures et services.

Les entreprises d'économie sociale d'insertion dont il est question sont celles qui répondent à la définition donnée à l'article 59 de la Loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses.

Les travaux parlementaires du projet de loi relatif au plan d'action belge pour l'emploi 1998 définissent le secteur dit de l'économie sociale : *« Il s'agit d'initiatives qui recourent à des activités productrices de biens ou de services pour intégrer socialement et professionnellement des demandeurs d'emploi particulièrement difficiles à placer. Les secteurs existants correspondant actuellement à cette définition sont notamment : les entreprises de travail adapté, les ateliers sociaux, les entreprises d'insertion et les entreprises de formation par le travail»*[36].

Les Entreprises de Formation par le Travail (EFT), les Entreprises d'insertion (EI) et les Entreprises de Travail Adapté (ETA) rentrent donc dans la catégorie de la loi du 26 mars 1999. Par contre, les Organismes d'insertion socioprofessionnelle (OISP) n'en font pas partie. En Wallonie, plus de 300 entreprises ont un agrément d'économie sociale[37].

La réservation de marché à l'économie sociale suit la procédure d'un marché public classique à la différence qu'il y a lieu d'indiquer dans l'avis de marché et dans le cahier spécial des charges que, « ***conformément à l'art. 18 bis §2 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, la participation à la procédure de passation du marché public est réservée aux entreprises d'économie sociale d'insertion telles que définies à l'art. 59 de la Loi du 26 mars 1999*** ». Seules les entreprises d'économie sociale d'insertion pourront introduire une offre et seules les offres déposées par des entreprises d'économie sociale d'insertion seront analysées.

La clause suivante sera également insérée dans le cahier spécial des charges en ce qui concerne les documents à joindre à l'offre : ***« les documents attestant de la reconnaissance comme entreprise de travail adapté ou comme initiative d'économie sociale d'insertion au sens de la loi du 26 mars 1999 relative au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses. Dans le cas d'une offre remise par une entreprise issue d'un autre état membre, celle-ci doit apporter la preuve qu'elle remplit des conditions équivalentes dans son pays d'origine ».***

Les entreprises d'économie sociale qui veulent déposer offre pour des marchés de travaux doivent, le cas échéant, disposer d'une agréation correspondant au type et au montant des travaux prévus.

Il y a lieu de constater que dans la pratique, ces entreprises se limitent le plus souvent aux classes 1 ou 2[38].

Remarquons que dans le cadre d'une réservation de marché, le pouvoir adjudicateur reste tenu de respecter le principe de concurrence en consultant plusieurs entreprises répondant au prescrit de la loi du 26 mars 1999.

Enfin, il est vivement conseillé au pouvoir adjudicateur de prévoir des délais d'exécution un peu plus longs que ceux habituellement dédiés à l'exécution du type de marché considéré afin de permettre au processus d'insertion et de formation de prendre place sur le chantier.

---

[36] PROJET DE LOI, relatif au plan d'action belge pour l'emploi 1998 et portant des dispositions diverses, EXPOSÉ DES MOTIFS.

[37] Une liste reprenant un grand nombre d'entreprises d'économie sociale est disponible sur le site de la SAW-b : http://www.saw-b.be.

[38] Cette matière est réglée par la loi du 20 mars 1991 qui organise l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

8.5. Les différents types de clauses sociales dégagés de la pratique

8.5.1. Clause Formation (FOREM) en condition d'exécution

Jurisprudence : « arrêt Beentjes »[39]

Le cahier spécial des charges du marché prévoyait que la main d'œuvre employée devait être constituée pour 70% au moins de chômeurs de longue durée.

La Cour européenne de justice a accepté, que le pouvoir adjudicateur impose, dans les conditions d'exécution du marché, une considération sociale visant à mettre au travail des chômeurs de longue durée, à condition de respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire, et notamment les interdictions qui découlent des principes consacrés par le Traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services.

Cet arrêt pose donc le principe selon lequel il est admis d'introduire une clause sociale à titre de condition d'exécution du marché, mais ne détermine aucun pourcentage à prendre en compte.

En droit belge

L'article 18*bis* §1 de la loi du 24.12.1993 relative aux marchés publics permet d'insérer, dans les conditions d'exécution d'un marché, une clause sociale visant à mettre en œuvre des actions de formation pour des stagiaires, à savoir des chômeurs ou des jeunes dans le respect des principes du Traité.

Exemple de « clause Formation » en condition d'exécution

Conformément à l'article 18 bis § 1er de la loi du 24.12.1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'adjudicataire doit, au cours de l'exécution du présent marché, mettre en œuvre des actions de formation et d'insertion socioprofessionnelle pour les chômeurs ou pour les jeunes en assurant sur le chantier la formation de « x » stagiaires en entreprise au métier de « x ».

Les stagiaires :

- *doivent être chômeurs complets indemnisés, bénéficiaires du minimum de moyen d'existence ou demandeurs d'emploi libres ;*
- *doivent être âgés d'au moins 18 ans ;*
- *ne doivent pas disposer d'une expérience professionnelle comptabilisant plus de 150 heures de travail dans les 12 derniers mois ;*

[…]

[39] C.J.C.E., arrêt du 20 septembre 1988, 31/38, Gebroeders Beentjes BV contre Etat des Pays-Bas.

8.5.1.1.Procédure à suivre

Le Pouvoir adjudicateur qui décide d'intégrer une clause sociale « Formation » en condition d'exécution dans un cahier spécial des charges doit le mentionner dans l'avis de marché.

Il doit également prendre contact avec le Siège central du FOREM et en particulier avec les services de FOREM Formation qui déterminent le nombre de stagiaires pouvant raisonnablement s'intégrer dans le déroulement des travaux.

Pour plus de renseignements, il y a lieu de s'en référer à la procédure mise en place par le FOREM.

8.5.1.2.Pouvoir adjudicateur

Toutes les catégories de marché peuvent être concernées par l'insertion d'une clause sociale « Formation » dans les conditions d'exécution.

En ce qui concerne les marchés de travaux, il est toutefois conseillé de n'y avoir recours que dans les marchés dont la durée d'exécution du chantier équivaut à 20 jours ouvrables au minimum. Il s'agira notamment des marchés de travaux de bâtiment et de génie civil.

En ce qui concerne les marchés de services, sont essentiellement concernés :

- les services d'entretien et de réparation (catégorie 1);
- les services de voirie et d'enlèvement d'ordures, services d'assainissement et services analogues (catégorie 16);
- les autres services (catégorie 27).

En ce qui concerne les marchés de fournitures, *« la démarche peut s'avérer plus complexe à mettre en œuvre dès lors que l'entreprise fournissant les produits, n'assure pas forcément leur production ce qui implique un faible coût de main d'œuvre »*[40].

8.5.1.3.Obligations dans le chef de l'adjudicataire

L'adjudicataire d'un marché public contenant une clause sociale « Formation » en condition d'exécution aura essentiellement pour obligation d'accueillir un stagiaire et de l'encadrer durant son stage pour lui permettre de s'insérer dans une équipe de travail, de mettre en pratique des compétences acquises en formation et d'acquérir de nouvelles compétences tant techniques que professionnelles.

8.5.1.4.Renseignements complémentaires

Remarquons que dans l'hypothèse où il est mis fin prématurément au contrat de stage, par exemple, lorsque le stagiaire trouve un emploi en cours de formation ou lorsque les

[40] *« Mise en œuvre des clauses sociales : de la réflexion à la pratique, Mémento à l'attention des donneurs d'ordres et de leurs services »*, DIRECCTE Rhône-Alpes, janvier 2013.

conditions de travail sur le chantier ne permettent pas une bonne intégration du stagiaire en entreprise, le FOREM veille, dans la mesure du possible, à proposer à l'entreprise adjudicataire, un autre stagiaire, dans les mêmes conditions que celles prévues préalablement.

Le FOREM dispose d'une banque de données relative aux stagiaires toujours demandeurs d'emploi ayant participé aux chantiers à " clause sociale ". Cette source d'informations est accessible *via* les services emploi du FOREM.

8.5.2. Clause mixte permettant la sous-traitance à une entreprise d'économie sociale en condition d'exécution

Cette clause est également une application de l'article 18*bis* §1 de la loi du 24/12/1993 permettant l'insertion de considérations sociales dans les conditions d'exécution d'un marché public.

Ce mécanisme est sans conteste le procédé qui peut le mieux correspondre à la réalité économique du marché car le Pouvoir adjudicateur laisse le choix à l'adjudicataire, soit de :

- respecter la clause sociale « formation (FOREM)» en l'exécutant lui-même ;
- sous-traiter un certain pourcentage du marché à une ou plusieurs entreprise(s) d'économie sociale[41].

Ce dispositif est très souple car, dans les faits, une entreprise de construction peut facilement sous traiter 5 % d'un marché à une EFT (par exemple).

Ce dispositif permet aussi d'impliquer des entreprises d'économie sociale dans des marchés plus importants, auxquels elles n'auraient pas eu accès en raison de leur petite taille ou en raison de leur limite d'agréation[42].

Soulignons qu'une telle entreprise ne peut être désignée ou localisée, dans les conditions du marché. Un cahier spécial des charges qui procèderait de la sorte serait en porte-à-faux avec les principes de concurrence et d'égalité de traitement.

<u>Exemple de « clause mixte » en condition d'exécution</u>

Conformément à l'article 18 bis § 1er de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'entreprise adjudicataire doit, au cours de l'exécution du présent marché, mettre en œuvre des actions de formation et d'insertion socioprofessionnelle pour les chômeurs ou pour les jeunes :

1. *Soit en assurant sur le chantier la formation de « x » stagiaires en entreprise au métier de « x », conformément au dispositif clause sociale « FOREM »,*

[41] Les entreprises d'économie sociale sont les ETA (entreprises employant des personnes handicapées), les EFT (entreprises ayant pour but la formation par la travail) et les EI (entreprises ayant pour but l'insertion de personnes difficiles à placer)

[42] Pour rappel, une entreprise d'économie sociale à qui une partie du marché est sous-traitée, est tenue d'être agréée selon les modalités de la loi sur l'agréation des entrepreneurs de travaux.

les stagiaires :

- *doivent être chômeurs complets indemnisés, bénéficiaires du minimum de moyen d'existence ou demandeurs d'emploi libres ;*
- *doivent être âgés d'au moins 18 ans ;*
- *ne doivent pas disposer d'une expérience professionnelle comptabilisant plus de 150 heures de travail dans les 12 derniers mois.*

2. *Soit en sous-traitant « x » % du montant total hors TVA du marché avec des entreprises d'économie sociale d'insertion. Un engagement d'une (ou plusieurs) entreprise d'économie sociale dans laquelle cette dernière s'engage à exécuter en sous-traitance pour le compte du soumissionnaire « x » % du montant total hors TVA du présent marché, doit alors être joint à l'offre.*

   Les documents démontrant qu'elle satisfait à cette condition sont produits dans les trente jours qui suivent la notification de la décision d'attribution.

8.5.3. Clause Formation-Jeune en condition d'exécution

Cette clause peut être imposée à titre de condition d'exécution par application de l'article 18*bis*, §1 de la loi du 24/12/1993 sur les marchés publics.

Par décision du Gouvernement commun Région wallonne - Communauté française du 7 septembre 2006, il a été proposé d'orienter la démarche d'une clause sociale de formation vers des jeunes en recherche de stages alternants ou professionnalisant et de formaliser une « Clause sociale Jeunes ».

8.5.3.1.Public cible :

Le public cible de la « Clause sociale Jeunes » est celui des apprenants en alternance pour :

- Les stages alternants :
  - des Centres de Formation en Alternance de la Communauté française (CEFA) ;
  - de l'IFAPME sous forme de Contrat d'apprentissage (à partir de 15 ans) et Convention de stage (à partir de 18 ans) ;
  - de l'Enseignement de Promotion Sociale ;
  - du Régime Apprentissage Construction (RAC) ;
  - du Contrat d'Apprentissage Industriel (CAI).
- Les stages professionnalisant (effectués au troisième degré de l'enseignement qualifiant).

8.5.3.2.Marchés concernés :

La « Clause sociale Jeunes » concerne toutes les catégories de marché.

Il serait toutefois préférable de ne l'appliquer que pour les marchés dont le montant estimé dépasse les 200 000 € HTVA et dont la durée équivaut au moins à 20 jours ouvrables. Rappelons que dans le cadre d'un marché de fournitures, la mise en pratique

d'une « clause sociale jeune » peut s'avérer plus complexe dès lors que le fournisseur ne produit pas forcément les marchandises, objet du marché de fournitures.

8.5.3.3. Obligations et contraintes

Outre les obligations et contraintes inhérentes au respect de la règlementation relative aux marchés publics, les Pouvoirs adjudicateurs d'un chantier « Clause sociale Jeunes » devront s'engager à :

- réserver 5% du volume total d'heures nécessaires à la réalisation des prestations globales annuelles de l'entreprise à des stages alternants ou professionnalisant ;
- maintenir les places de stage ouvertes pour toute la durée de la formation et veiller à la formation et à l'encadrement du jeune.

8.5.4. Evaluation de l'effort de formation ou d'insertion professionnelle en critère d'attribution

Par hypothèse, ce mécanisme est uniquement adapté aux procédures prévoyant plusieurs critères d'attribution. L'adjudication n'est donc pas concernée.

Ce mécanisme s'appuie à la fois sur l'article 18*bis* §1 et sur l'article 16 de la loi du 24/12/1993 sur les marchés publics qui prévoit que *« Les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché, par exemple, la qualité des produits ou prestations, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, des considérations d'ordre social et éthique, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution ».*

Le critère d'attribution doit, notamment :

1. permettre une objectivation de l'effort d'insertion, il devra donc trouver une formulation précise et objectivable ;
2. être lié à l'objet du marché. Il conviendra dès lors de mentionner dans l'objet du marché, que la nature des prestations dont il sera question, sera réalisée dans une perspective d'insertion socioprofessionnelle.

Les performances en matière d'insertion socioprofessionnelle seront analysées au regard du nombre d'heures de formation et/ou d'insertion professionnelle des publics en difficulté prévues par le présent marché, et du taux d'encadrement des publics cibles.

L'offre qui présentera le nombre d'heures le plus important et le taux d'encadrement recevra le nombre maximal de points prévu pour ce critère. Les autres offres obtiendront un nombre de points qui correspondra au ratio par rapport à la meilleure offre. Moins il y aura d'heures, plus faible sera l'encadrement et moins l'offre recevra de points.

9. Les clauses éthiques

9.1. Principes et objectifs des clauses éthiques

Les clauses éthiques visent l'équité sociale, l'éthique de gestion, le respect des droits fondamentaux et le progrès humain.

9.2. Clauses éthiques en critères d'attribution

Législation belge

Constatons que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 énumère, à titre d'exemple de critère d'attribution, les considérations d'ordre éthique, alors que l'article 25 de la nouvelle loi du 26 juin 2006 n'en fait, quant à elle, plus mention.

On peut en déduire la volonté du législateur belge de ne plus porter l'attention du lecteur sur les considérations éthiques à titre de critère d'attribution, mais cette suppression n'équivaut pas à une interdiction étant donné que la liste des critères d'attribution énumérés aux articles 25 (nouvelle loi) et 16 (ancienne loi) n'est pas exhaustive.

Arrêt « Max Havelaar »[43]

Dans le cadre d'un marché public ayant fait l'objet d'un avis publié au JOUE, la province de Hollande-Septentrionale (Pays-Bas) a passé par adjudication un marché ayant pour objet :

- la fourniture, l'installation et l'entretien de machines distributrices de boissons chaudes ;
- et la fourniture de thé, de café et d'autres ingrédients.

Les documents du marché imposaient, d'une part, que le café et le thé à fournir soient munis des labels EKO et MAX HAVELAAR et, d'autre part, comportaient le souhait que les ingrédients à fournir soient munis des mêmes labels.

La Cour de justice a condamné la province de Hollande-Septentrionale (Pays-Bas) pour manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la Directive 2004/18, mais cet arrêt confirme la possibilité d'évaluer le mode de production de l'objet du marché sous l'angle du respect des conditions de travail et du respect d'une relation économique équitable. Cette jurisprudence confirme également la possibilité d'utiliser les critères d'attribution de nature éthique portant sur la dimension de la relation économique et du respect des droits fondamentaux des travailleurs, moyennant, bien entendu, le respect d'une formulation adéquate en lien avec l'objet du marché.

Quelques extraits choisis :

[43] CJCE, 10 mai 2012, C-368/10, Commission contre Pays-Bas.

85 L'article 53 de la directive 2004/18 (…) précise que les critères d'attribution peuvent, en principe, être non seulement économiques, mais également qualitatifs. C'est ainsi que, parmi les exemples mentionnés au paragraphe 1, sous a), de cet article figurent notamment les caractéristiques environnementales. Comme l'a relevé Mme l'avocat général dans le cadre du point 103 de ses conclusions, le quatrième alinéa dudit considérant énonce en outre qu'« un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins définis dans les spécifications du marché propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché ». Il y a dès lors lieu d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont également autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes.

91 Enfin, comme il résulte du point 110 des conclusions de Mme l'avocat général, il n'est pas requis qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci. C'est ainsi que la Cour a jugé, au point 34 de l'arrêt EVN et Wienstrom, précité, que la réglementation de l'Union en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'un marché de fourniture d'électricité, le pouvoir adjudicateur retienne un critère d'attribution consistant dans le fait que l'électricité soit produite à partir de sources d'énergie renouvelables. ***Rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce qu'un tel critère vise le fait qu'un produit soit issu du commerce équitable****.*

110. En ce qui concerne, ensuite, le label «Max Havelaar», il est exact que celui-ci ne définit pas des caractéristiques des produits au sens strict, tels qu'ils sont objet des spécifications techniques (article 23 de la directive 2004/18) (49). Ce label indique cependant si les transactions dont les produits ont fait l'objet étaient équitables. Ce type d'aspect peut être pris en considération dans le cadre des conditions d'exécution du marché (article 26 de la directive 2004/18) (50). Le lien avec l'objet du marché (en l'occurrence, la livraison d'ingrédients tels que du sucre, du lait en poudre et du cacao) ne saurait donc lui être dénié d'emblée. En effet, ***pour un pouvoir adjudicateur qui, comme en attestent les documents du marché, attache de l'importance à agir de manière socialement responsable, le point de savoir si les produits à fournir ont été achetés à leurs producteurs à des conditions équitables, peut tout à fait faire une différence lors de la détermination du rapport qualité/prix****.*

111. Il serait certainement excessif si, dans le cadre de l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, un pouvoir adjudicateur entendait évaluer la politique générale d'achat des soumissionnaires potentiels et tenir compte du point de savoir si tous les produits qu'ils distribuent – indépendamment du point de savoir s'ils font objet du marché public en cause ou non – sont issus du commerce équitable (51).

112. Or, dans le cas présent, la prise en considération de l'aspect du commerce équitable ne va absolument pas aussi loin. Comme le Royaume des Pays-Bas l'a fait observer à juste titre, la province de Noord-Holland a uniquement énoncé au point 35 de son programme d'exigences le critère de savoir si les «ingrédients» qui devaient lui être fournis bénéficiaient d'un label de nature à attester qu'ils étaient issus du commerce équitable.

Ainsi, l'utilisation du label «Max Havelaar» dans les documents du marché en cause présentait clairement un lien spécifique avec l'objet du marché public. »

92 Force est donc de constater que le critère d'attribution litigieux présente (ndlr max Havelaar), avec l'objet du marché concerné, le lien exigé à l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18, de sorte que le grief formulé par la Commission à cet égard n'est pas fondé.

9.3. Clauses éthiques OIT

L'adjudicataire s'engage à exécuter le marché dans le respect des conventions de base de l'Organisation internationale du Travail (O.I.T.), dans l'hypothèse où elles n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit de son pays d'origine.

Les 8 conventions de base de l'organisation internationale du travail sont :

- la convention n°1 relative à la durée de travail
- les conventions n°26 et 131 relatives aux salaires minima
- les conventions n° 29 et n° 105 interdisant le travail forcé
- la convention n° 87 relative au droit à la liberté syndicale
- la convention n° 98 relative au droit d'organisation et de concertations collectives
- les conventions n° 100 et 111 relatives à l'interdiction de toute discrimination en matière de travail et de rémunération
- les conventions n° 138 et 182 relatives à l'âge minimum fixé pour le travail des enfants et à l'interdiction des pires formes du travail des enfants
- la convention n°155 relative à la sécurité et santé des travailleurs

Le non respect de ces dispositions dans le cadre de l'exécution du marché peut entraîner les pénalités et sanctions prévues à l'article 20 du cahier général des charges. La difficulté majeure réside bien évidemment dans la possibilité de vérification. C'est pourquoi il est généralement demandé que l'entreprise signe une déclaration sur l'honneur[44].

Exemple de critère d'attribution éthique (10%) :
Une certification de type SA8000 peut le cas échéant être prévue.

9.4. Clauses éthiques pour le commerce équitable

9.4.1. Généralité, principes et objectifs

Le commerce équitable est un partenariat commercial juste, basé sur le dialogue, la transparence et le respect, qui vise plus d'équité dans le commerce international. Il contribue au développement durable en proposant les meilleures conditions commerciales et en garantissant le respect des droits des producteurs marginalisés/défavorisés et travailleurs, principalement dans les pays du Sud.

[44] Pour connaître les pays respectant les conventions OIT: http://www.ilo.org/global/standards/WCMS_173029/lang--fr/index.htm

Sont notamment visées les considérations ayant trait au commerce équitable avec les pays du Sud. Ainsi, nous visons *« un partenariat commercial juste, basé sur le dialogue, la transparence et le respect, qui vise plus d'équité dans le commerce international »*, en d'autres termes des relations commerciales et économiques équilibrées entre l'attributaire et les autres opérateurs économiques, spécialement les opérateurs économiques des pays en voie de développement.

9.4.2. Arrêt Max Havelaar et ses enseignements

Nous renvoyons le lecteur au point 9.2 qui reprend les développements essentiels de ce récent arrêt de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Il sera simplement rappelé que le recours au label « Max Havelaar » doit toujours être accompagné des termes « ou équivalent » et il est demandé d'inscrire dans le cahier spécial des charges le lien avec les prescriptions du label, afin que les soumissionnaires sachent comment les trouver rapidement.

Un lien peut être établi avec http://www.fairtrade.net/aims_of_fairtrade_standards.html qui reprend les standards essentiels internationaux en matière de commerce équitable.

9.4.3. Spécifications techniques

Il peut être demandé dans les spécifications techniques d'un marché que certains produits disposent d'un label du commerce équitable, de préférence de type I comme « Max Havelaar », « Fair Trade ». Chaque label de ce type doit être reconnu par la Fair Trade Labelling Organisation et toujours être accompagné de « ou équivalent ».

De plus, les labels « Fair Trade » intégrant également des considérations environnementales visant à promouvoir une agriculture raisonnée, ceux-ci peuvent aussi être acceptés comme les labels environnementaux.

9.4.4. Système de labellisation

Les organisations du commerce équitable, soutenues par les consommateurs, s'engagent activement à soutenir les producteurs à sensibiliser le public et à se mobiliser pour des échanges dans les règles de la pratique du commerce international conventionnel. A ce stade, il existe en Europe 4 réseaux d'organisation de commerce équitable réunis sous la bannière FINE, la Fair Trade Labelling Organisation – FLO – International, la Fédération internationale du commerce alternatif (dit IFAT), du réseau des magasins du Monde (NEWS !) et de l'Association européenne du Commerce équitable (EFTA).

En Belgique, il existe de nombreuses associations sans but lucratif qui composent le secteur du commerce équitable dont Miel Maya Honing, Fair Trade Organisatie, Oxfam Magasins du Monde, Oxfam Wereldwinkels et Max Havelaar. Max Havelaar est l'unique organisation de labellisation présente en Belgique, est membre de FLO (basé en Allemagne), qui réunit depuis 1997 les 20 organisations nationales de labellisation.

FLO, asbl de droit allemand, élabore les critères internationaux de commerce équitable pour chaque produit. La coordination et la surveillance du respect des critères par

les commerçants et les producteurs sont assurées par FLO-CERT, organisation sœur et indépendante de FLO.

9.5. Considérations de genre et diversité

Nous attirons l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur le fait que ces clauses sont en développement et que leur usage systématique semble prématuré, il semble approprié d'étudier ceci pour des marchés spécifiques.

Nous entendons par considérations de genre, le souci de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les marchés publics. Plus spécifiquement, les exigences que le pouvoir adjudicateur peut avoir à l'égard des attributaires, exigences relatives à la mise en place de mesures permettant un accès égal au travail pour les hommes et les femmes, ainsi qu'un salaire et des possibilités de promotions et de formations équivalents.

La directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services démontre l'importance de cette question du point de vue européen. De même au niveau belge, notons la loi[45] du 12 janvier 2007 visant, notamment, l'intégration de la notion de genre dans l'ensemble des politiques fédérales dont l'article 3, 3° dispose *« Chaque ministre intègre la dimension de genre dans toutes les politiques, mesures et actions relevant de ses compétences. A cet effet : il veille, dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et d'octroi de subsides, à la prise en compte de l'égalité des femmes et des hommes et à l'intégration de la dimension de genre »*.

Exemple de conditions d'exécution liées à l'égalité des chances en dehors de l'emploi

Le soumissionnaire s'engage à ce que :

- toutes les communications entrant dans le cadre de l'exécution du marché, tant au niveau de l'image que de la langue, combattent les stéréotypes liés au sexe et soient neutres au niveau du genre ;
- son équipe soit composée de façon équilibrée au niveau du sexe ;
- on accorde de l'attention à la répartition équilibrée sur le plan du sexe lors de la consultation d'experts ou lors de la composition de comités d'accompagnement ;
- on implique des groupes-cibles tant masculins que féminins dans la réalisation de sondages, d'évaluations des besoins, d'études préalables, d'études empiriques, d'enquêtes, etc., afin de pouvoir prendre en compte les similitudes et les caractéristiques propres aux deux sexes ;
- toutes les données statistiques recueillies, établies et/ou demandées dans le cadre du marché soient ventilées par sexe et soumises à une analyse de genre.

[45] Loi du 12 janvier 2007 visant au contrôle de l'application des résolutions de la conférence mondiale sur les femmes, réunie à Pékin en septembre 1995 et intégrant la dimension du genre dans l'ensemble des politiques fédérales, *M.B.,* 13 février 2007.

9.6. Considérations éthiques pour les placements financiers

Nous attirons l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur le fait que ces clauses sont en développement et que leur usage systématique semble prématuré, il semble approprié d'étudier ceci pour des marchés spécifiques.

Sont notamment visés ici les marchés de placements financiers, comme les fonds de pensions, les fonds d'investissements, certaines réserves de trésoreries ou de résultats en boni cumulés.

Le marché des produits financiers « éthiques et solidaires » sont basés sur des critères financiers classiques de rendement et de risque, mais aussi sur des critères sociaux (emploi, relation avec la communauté locale, relation avec les pays en développement, risques pour la santé, etc.) et/ou des critères environnementaux (pollution de l'air, pollution de l'eau, etc.) pour sélectionner les entreprises qu'ils permettent de financer.

Les placements éthiques sont surtout à privilégier dans les placements d'un an ou plus, dans une approche à moyen terme, car sous cette durée, la pratique ne permet pas d'inclure ces clauses en restant pragmatique, car il s'agira plus d'une logique de placement de trésorerie à court terme, sous la forme de certificat de trésorerie ou équivalent.

Exemple

Il pourrait être demandé que des placements financiers soient labellisés par Ethibel ou équivalent comme des fonds placés selon les critères de la quatrième[46] génération définis par Ethibel.

9.7. Considérations de transparence de gestion en lien avec les régimes dictatoriaux et/ou militaires

Nous attirons l'attention des pouvoirs adjudicateurs sur le fait que ces clauses sont en développement et que leur usage systématique semble prématuré, il semble approprié d'étudier ceci pour des marchés spécifiques.

Sont notamment visés ici les marchés de fournitures comme des marchés de fournitures de carburant, de produits textiles, de gadgets promotionnels en tout genre, dont les conditions de production (souvent dans des pays en développement ou émergents) laisseraient à penser que les conditions de travail et les conditions d'approvisionnement ne respectent pas les prescrits du droit international ou dont certaines sociétés dans la filière de production coopéreraient

Exemple de sélection qualitative :

---

[46] http://www.ethibel.be/subs_e/1_info/sub1_2.html

« En application de l'article 17, 43 et 69 de l'AR du 06/01/1996, et plus globalement du considérant 43[47] de la DIR 2004/18/CE, est exclu de la passation tout prestataire qui a fait l'objet d'un jugement ayant force de chose jugée pour :

- *participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 324bis du code pénal ;*
- *corruption, telle que définie à l'article 246 du code pénal ;*
- *fraude au sens de l'article 1er de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, approuvée par la loi du 17 février 2002 ;*
- *Infraction au droit environnemental, national ou international, ou faute professionnelle grave dans ce domaine.*

Mutatis mutandis, il est demandé au prestataire de s'interdire de coopération avec tout régime de pays non démocratique. Par démocratique, on entend un pays disposant d'un parlement librement élu par des élections approuvées par des observateurs internationaux.

Indiquer les sources d'approvisionnement des fournitures et services dans une approche « Cycle de Vie » (principaux pays d'extraction, pays de transformation, …) et mentionner pour ces éléments le respect strict des normes sociales de l'OIT et s'interdire de coopération avec tout régime de pays non démocratique. Par démocratique, on entend un pays disposant d'un parlement librement élu par des élections approuvées par des observateurs internationaux. Une norme ISO 2600 ou SA 8000 est un élément de preuve de même que des attestations précises et engageantes des sous-traitants. Cette approche de l'éthique d'achat peut être étayée par des documents de responsabilité sociétale d'entreprise accompagnés des éléments de preuve ».

10. La gestion du contentieux

10.1. Généralité

L'intégration de clauses ESE dans les documents du marché n'a de sens que dans l'hypothèse d'un suivi rigoureux lors de l'exécution du marché. Le pouvoir adjudicateur doit donc être dans la capacité de se donner les moyens techniques et humains de cette vérification.
En cas de constat du non respect des clauses ESE par l'adjudicataire, il y a lieu de se référer aux moyens d'action prévu par le cahier général des charges (annexe à l'A.R. du 26/09/1996), qui énonce en son article 20, les types de sanctions à disposition du pouvoir adjudicateur en cas de défaut d'exécution.
Des pénalités spéciales peuvent le cas échéant être prévues dans les documents du marché.

[47] Il est obligatoire d'exclure d'une procédure d'attribution de marchés publics, des opérateurs économiques qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes ou de blanchiment de capitaux. Les Pouvoirs adjudicateurs devraient demander, le cas échéant, aux candidats/soumissionnaires les documents appropriés et pourraient, lorsqu'ils ont des doutes sur la situation personnelle de ces candidats/soumissionnaires, demander la coopération des autorités compétentes de l'État membre concerné. L'exclusion de tels opérateurs économiques doit intervenir lorsque le pouvoir adjudicateur a connaissance d'un jugement concernant de pareils délits, rendu conformément au droit national et ayant un caractère définitif qui lui confère l'autorité de la chose jugée. Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave.

Rappelons que « *Tous les manquements aux clauses du marché, y compris la non-observation des ordres du pouvoir adjudicateur, sont constatés par un procès verbal dont une copie est transmise immédiatement à l'adjudicataire par lettre recommandée à la poste.*

L'adjudicataire est tenu de s'exécuter immédiatement. Il peut faire valoir ses moyens de défense par lettre recommandée à la poste adressée au pouvoir adjudicateur dans les quinze jours de calendrier suivant le jour déterminé par la date postale de l'envoi du procès-verbal. Son silence est considéré, après ce délai, comme une reconnaissance des faits constatés. »

10.2. Exclusion des futurs marchés publics d'un pouvoir adjudicateur

Un adjudicataire de travaux en défaut d'exécution est passible des mesures établies par l'article 19 de la loi du 20/03/1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, s'il s'agit d'un entrepreneur de travaux, et peut être exclu de ses marchés par le pouvoir adjudicateur pour une durée déterminée, s'il s'agit d'un fournisseur ou d'un prestataire de services. L'intéressé est préalablement entendu en ses moyens de défense et la décision lui est notifiée.